

GIURISTI ROMANI E DIRITTI 'CLASSICI' NEL PENSIERO DI FRANZ WIEACKER

Filippo Bonin*

1.- Autenticamente storicista e libero da condizionamenti attualizzanti, l'approccio metodologico allo studio del diritto romano di Franz Wieacker (1908-1994)¹ emerge già chiaramente dalla prolusione tenuta a Leipzig nel 1937. Essa trovò espressione in un saggio edito per la prima volta nel 1939 con il titolo di "Vom römischen Juristen"², che fu incluso nella raccolta dal titolo "Vom römischen Recht: Wirklichkeit und Überlieferung" del 1944³, anno in cui lo studioso era partito per il fronte italiano⁴. In breve tempo già alquanto noto⁵, il testo fu oggetto di un'approfondita rielaborazione operata alla luce dei recenti studi condotti dallo studioso tedesco sulle "Textstufen"⁶ e comparve nel 1961 con il titolo "Der römische Jurist" nella seconda edizione della suddetta raccolta⁷. In questa sua ultima versione il lavoro può essere considerato come una sorta di sintesi degli studi condotti da Wieacker sulla giurisprudenza romana.

Innanzitutto, per Wieacker il *ius civile* romano è una creazione dei giuristi, i quali non fanno parte dell'organizzazione pubblica, ma godono di una *auctoritas* che consente loro di essere consultati e di dare responsi, pur non avendo l'*imperium*⁸. Attraverso il *respondere*, il *cavere* e l'*agere* il giurista

* Ricercatore tipo B di diritto romano presso l'Università degli Studi di Bari 'Aldo Moro'.

¹ Su Franz Wieacker si vedano H. Lange, *Franz Wieacker*, in *Juristen Zeitung* 49 (1994) 354; D. Simon, *Franz Wieacker*, in *Rechtshistorisches Journal* 13 (1994) 1ss.; J.G. Wolf, *In memoriam Franz Wieacker*, in *SDHI* 60 (1994) 763ss.; Id., *Franz Wieacker (1908-1994)*, in R. Domingo (cur.), *Juristas Universales*, 4, Madrid-Barcelona 2004, 538ss.; Id., *Franz Wieacker (5. August 1908 – 17. Februar 1994)*, in S. Grundmann (cur.), *Deutschsprachige Zivilrechtslehrer des 20. Jahrhunderts in Berichten ihrer Schüler. Eine Ideengeschichte in Einzeldarstellungen*, I, Berlin 2007, 73ss.; O. Behrends, *Franz Wieacker 5.8.1908-17.2.1994*, in *ZSS* 112 (1995) XIIIss.; D. Nörr, *Franz Wieacker*, in *Jahrbuch der Bayerischen Akademie der Wissenschaften*, 1994, Sonderdruck, 1 ss.; i contributi contenuti in O. Behrends, E. Schumann, *Franz Wieacker: Historiker des modernen Privatrechts*, Göttingen 2010, in particolare D. Liebs, *Franz Wieacker (1908 bis 1994) – Leben und Werk*, in O. Behrends, E. Schumann, *Franz Wieacker cit.* 23 ss.; V. Winkler, *Der Kampf gegen die Rechtswissenschaft. Franz Wieackers „Privatrechtsgeschichte der Neuzeit“ und die deutsche Rechtswissenschaft des 20. Jahrhunderts*, Hamburg 2014; V. Erkkilä, *The Conceptual Change of Conscience. Franz Wieacker and German Legal Historiography 1933-1968*, Tübingen 2019.

² F. Wieacker, *Vom römischen Juristen*, in *Zeitschrift für die gesamten Staatswissenschaften* 99 (1939) 440ss.

³ F. Wieacker, *Vom Römischen Recht. Wirklichkeit und Überlieferung*, Leipzig 1944, 7ss.

⁴ Come è noto, Franz Wieacker fu membro del Partito Nazionalsocialista (a partire dal giorno 1° maggio 1937, oltre che della *Nationalsozialistische Deutsche Dozentenbund*, cfr. D. Liebs, *Franz Wieacker*, cit. 24 e nt. 3). Dopo la fine della guerra assunse, però, un orientamento politico di fatto opposto, entrando a far parte della SPD, cfr. D. Liebs, *Franz Wieacker*, cit. 29. Professore a Leipzig già a partire dal 1° gennaio 1937, dopo le brevi parentesi di Francoforte e Kiel [cfr. J.G. Wolf, *In memoriam cit.* 765s.], prestò servizio militare nel 1939, poco dopo aver conseguito l'ordinariato. Nondimeno, egli poté tornare subito ai suoi studi già all'inizio del 1940 e proseguirli sino all'estate del 1944 [cfr. D. Liebs, *Franz Wieacker*, cit. 28 e V. Winkler, *Der Kampf cit.* 456 nt. 3], quando, anche per la sua eccellente conoscenza della lingua italiana, fu chiamato a partecipare alle operazioni belliche tedesche nella penisola conseguenti all'armistizio dell'8 settembre 1943. Dopo pochi mesi, fu catturato e fatto prigioniero a Bellaria, nei pressi di Rimini, dove fu decano e professore nell'Università del campo. Sul rapporto di Wieacker con l'Italia cfr., in particolare, C. Cascione, L. Labruna, *L'opera di Franz Wieacker in Italia*, in *Studi in onore di A. Metro*, III, Milano 2010, 325ss. In seguito, si stabilì a Göttingen, come molti Professori provenienti dall'est della Germania, già nell'immediato dopoguerra. Nel semestre invernale del 1945 ebbe una docenza a contratto. Nel 1948, essendo stato chiamato come Professore contemporaneamente a Göttingen e Freiburg, scelse quest'ultima, ma già nel 1953, dopo una nuova chiamata, tornò a Göttingen, senza tuttavia trascurare l'Università in cui era stato assistente del maestro Fritz Pringsheim (1882-1967) a partire dalla fine del 1929, si era addottorato (1930), aveva conseguito l'abilitazione (1933) ed era stato *Privatdozent* fino al 1939, cfr. J.G. Wolf, *In memoriam cit.* 765.

⁵ Cfr. in questo senso V. Erkkilä, *The Conceptual Change cit.* 216 e nt. 149, il quale rileva come Wieacker stesso in svariate missive, oltre che in scritti successivi, lo ebbe a definire come il suo contributo più significativo.

⁶ F. Wieacker, *Textstufen Klassiker Juristen*, Göttingen 1960.

⁷ F. Wieacker, *Der römische Jurist*, in Id., *Vom römischen Recht. Zehn Versuche*, Stuttgart 1961.

⁸ Sull'importanza di questo aspetto si veda A. Schiavone (cur.), *Diritto privato romano. Un profilo storico*², Torino 2010,

riveste un ruolo decisivo nella società e nell'amministrazione della giustizia⁹. Anzi, è ragionevole ritenere che ci sia proprio questa figura all'origine di ogni nuova formula processuale. In età imperiale, poi, il *ius respondendi ex auctoritate principis*, pur sottoponendo il giurista a un controllo, conferisce una nuova validità ai suoi *responsa*. Egli non contribuisce più a creare formule, ma le sue decisioni sui casi concreti divengono ancora più importanti. Divenuto membro di una ceti a seguito di quella che è definita, ormai di consueto, ancorché, a ben vedere, impropriamente, una 'laicizzazione'¹⁰, il giurista romano svolge la sua professione (in realtà il suo *honor*) gratuitamente, anche per ottenere consenso e prestigio. Si tratta dunque di una professione che è appannaggio esclusivo della aristocrazia. Solo con la crisi della Repubblica, pur continuando a richiedere una spiccata integrità morale, essa sarà svolta anche dai cavalieri (lo erano gli *auditores Servii*), fino a che, a partire dalla dinastia Flavia, tornerà nelle mani della nobiltà. Non esiste una organizzazione sovrapersonale, ma solamente gruppi, dai quali in un certo senso nasceranno le *sectae*, che nella visione di Wieacker si distinguono per il continuo susseguirsi (e quindi contrapporsi) di indirizzi scolastici, il che le rende accostabili alle scuole filosofiche greche¹¹.

In principio, la formazione del giurista è squisitamente pratica, ma già con la scoperta della *ratio decidendi* si sviluppa il sapere giuridico. Nondimeno, in questa prima fase, che copre il periodo compreso tra il III e il II secolo a.C., non si può ancora parlare di scienza, ma solo in buona sostanza di mestiere. È nata solo la realtà virtuale del diritto¹² e sembrano esserle del tutto estranee le esigenze della giustizia¹³. Vi si contrappose ben presto la retorica, il cui influsso sulla giurisprudenza non è da sopravvalutare¹⁴. Fu piuttosto il contatto con la letteratura scientifica greca e, in particolare, con la topica aristotelica a consentire a Quinto Mucio Scevola di ordinare il *ius civile* in *genera* e *species*, di astrarre, e con ciò di dare inizio alla scienza giuridica romana¹⁵. A questa, però, rimasero sempre ignote la deduzione e la sussunzione dei fatti in categorie generali. L'orientamento al caso concreto perdurò e con esso l'applicazione di un metodo in prevalenza induttivo, ma che, non essendo sempre logico, Wieacker definisce 'problematico', perché problematiche sono le aree attraverso le quali si sviluppa ciclicamente¹⁶.

Ne scaturì una scienza estremamente elastica e raffinata, ma profondamente legata alla comunità romana, tanto che, quando essa incontrò altre popolazioni, non fu compresa pienamente. Fu questo per lo studioso tedesco il motivo principale della sua decadenza dopo la concessione della cittadinanza a tutti gli abitanti dell'impero all'inizio del III secolo d.C., e, in seguito, anche della sua

18 s.

⁹ Sul punto cfr. A. Lovato, *La giurisprudenza romana come scienza aperta*, in F. Lucrezi (cur.), *La giurisprudenza in diritto ebraico e romano*, Torino 2022, 96ss.

¹⁰ Per una critica del concetto di laicizzazione si veda ora E. Stolfi, *Prima lezione di diritto romano*, Roma-Bari 2023, 60, all'avviso del quale il termine, in realtà, sarebbe improprio, in quanto a verificarsi "non fu un secolarizzarsi del religioso ma un distinguersi di dimensioni del vissuto cittadino, e rispettive discipline", per cui sarebbe più corretto parlare di una 'letteralizzazione'.

¹¹ Cfr. sul punto E. Stolfi, *Il modello delle scuole in Pomponio e Gaio*, estratto da *SDHI* 63 (1997) 84ss.

¹² Sui caratteri della realtà virtuale del diritto, in generale, si veda E. Stolfi, *Gli attrezzi del giurista. Introduzione alle pratiche discorsive del diritto*, Torino 2018, 6ss.

¹³ Cfr. G. Grosso, *Scorci sul diritto romano. Rec. a F. Wieacker, Vom römischen Recht: Zehn Versuche*, Göttingen 1961, in *Labeo* 12 (1966) 27, il quale evidenzia come a questo proposito siano estremamente rilevanti le definizioni alternative wieackeriane del diritto come "Sein der Wirklichkeit" e, al contempo, come "überwirkliches Sollen", cfr. F. Wieacker, *Römertum und römisches Recht*, in Id., *Vom römischen Recht* cit. 6.

¹⁴ Sulle diverse finalità del retore e del giureconsulto si veda A. Lovato, *Introduzione*, in Id. (cur.), *Tra retorica e diritto. Linguaggi e forme argomentative nella tradizione giuridica*, Bari 2011, 9ss., part. 13.

¹⁵ Cfr. A. Schiavone, *Ius. L'invenzione del diritto in Occidente*², Torino 2017, 190ss.

¹⁶ Sul *modus operandi* dei giuristi romani, che procede "dal caso alla regola, e di nuovo al caso" cfr. E. Stolfi, *Gli attrezzi* cit. 106s.

scomparsa¹⁷. Del giurista romano restò l'eredità¹⁸, la quale ben presto divenne materiale didattico, riassunto e volgarizzato in Occidente, ancora studiato in Oriente, dove però si assistette a una separazione netta e alquanto duratura tra teoria e prassi giuridica.

Significativa è la critica alla nota teoria della 'fungibilità' dei giuristi romani, la quale, pur risultando ponderata e moderata¹⁹, segna la netta distanza dell'autore dall'approccio metodologico della Scuola storica. Wieacker cerca, infatti, di liberare il diritto romano dalle incrostazioni dogmatiche e attualizzanti che avevano caratterizzato il suo studio per larga parte del secolo precedente in favore un approccio autenticamente storicista. Lo scopo è quello di restituire un significato nuovo all'interno del mutato contesto giuridico e sociale della fine degli anni '30²⁰, quando, come è noto, esso visse una profonda crisi, indotta, almeno per buona parte, dalla retorica del regime che tendeva ad attribuirgli un carattere non ariano²¹. Tra i lavori più citati in senso adesivo nel contributo spicca la celebre "Herkunft" di Kunkel²². È presente anche qualche riferimento al BGB, ma prevalentemente per evidenziare le distanze tra il diritto romano e il diritto tedesco vigente, nonché la discontinuità dovuta al giusnaturalismo moderno. Ancor prima, Wieacker pone in evidenza il grande valore della scoperta dell'astrazione da parte di Quinto Mucio²³, dalle cui dispute con Servio, invero solo adombrate, sembrano già nascere le due *sectae*, secondo una linea di pensiero che sarà poi compiutamente sviluppata e per così dire estremizzata sul piano filosofico dall'allievo Okko Behrends²⁴.

Infine, estremamente rilevanti a livello metodologico, soprattutto per il dibattito che quasi subito suscitarono in Italia, risultano le battute conclusive del contributo, ove Wieacker si chiede cosa possa ancora dire il giurista romano al presente²⁵. La risposta è singolare: molto di più di quanto possa dirci il diritto romano stesso. Anzi, sarebbe stata proprio la peculiare recezione di quest'ultimo da parte dell'assolutismo e del tardo giusnaturalismo a impedire il formarsi di una scienza giuridica pari a

¹⁷ Si tratta di una idea che si trova già chiaramente espressa in E. Seckel, *Das römische Recht und seine Wissenschaft im Wandel der Jahrhunderte*, Berlin 1921, 14. Sul punto mi permetto di rinviare a F. Bonin, *A Obra centenária: Emil Seckel, Das römische Recht und seine Wissenschaft im Wandel der Jahrhunderte*, in *Interpretatio Prudentium* 7.1/2 (2022) 53s.

¹⁸ Sul valore della giurisprudenza romana per gli ordinamenti giuridici tardoantichi si veda A. Lovato, *La giurisprudenza romana come fattore di sviluppo degli ordinamenti giuridici tardo-antichi*, in F. Reinoso Barbero (cur.), *Principios generales del derecho. Antecedentes históricos y horizonte actual*, Madrid 2014, 169ss.

¹⁹ Wieacker, infatti, evidenzia che essa conserva un lato corretto, nel senso che i giuristi romani hanno una esistenza tipica che rende accettabile e immediatamente comprensibile l'espressione 'giurista romano', cfr. F. Wieacker, *Der römische Jurist* cit. 129. Sulla tensione tra storia dei dogmi e individualità storica dei giuristi si veda Ch. Baldus, M. Miglietta, G. Santucci, E. Stolfi (curr.), *Dogmengeschichte und historische Individualität der römischen Juristen. Storia dei dogmi e individualità storica dei giuristi romani: atti del Seminario internazionale (Montepulciano 14-17 giugno 2011)*, Trento 2012.

²⁰ Cfr. J. Rückert, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit: Genese und Zukunft eines Faches?*, in O. Behrends, E. Schumann, Franz Wieacker cit. 84s. Cfr. in questo senso, da ultimo, anche V. Erkkilä, *The Conceptual Change* cit. 217.

²¹ Il riferimento è ovviamente al § 19 del programma del NSDAP (*Nationalsozialistische deutsche Arbeiterpartei*). Sul punto mi permetto di rinviare a F. Bonin, *La romanistica italiana dinanzi alla crisi tedesca. La Aktualisierung degli studi di diritto romano e il patto Betti-Koschaker*, in T. Beggio, A. Grebieniow (curr.), *Methodenfragen der Romanistik im Wandel Paul Koschakers Vermächtnis 80 Jahre nach seiner Krisenschrift*, Tübingen 2020, 95ss., ove bibliografia.

²² Cfr. W. Kunkel, *Herkunft und soziale Stellung der römischen Juristen*, Weimar 1952. La necessità di affrontare la storia della giurisprudenza non solo esaminandone le forme letterarie, le dottrine e i metodi, ma anche l'origine e la posizione sociale dei suoi rappresentanti è chiaramente espressa anche in M. Bretonne, *Storia del diritto romano*¹⁶, Roma-Bari 2016, 461.

²³ Sull'opera del grande giurista si veda ora J.-L. Ferrary, A. Schiavone, E. Stolfi (curr.), *Quintus Mucius Scaevola: opera*, Roma 2018.

²⁴ Cfr., tra i molti lavori dello studioso, quello che in Italia è certamente il più celebre e il più adatto a fornire succintamente, con esempi, le linee teoriche di riferimento, ossia O. Behrends, *Le due giurisprudenze romane e le forme delle loro argomentazioni*, in *Index* 12 (1983-1984) 189 ss. Sui caratteri originali di questa scuola, con la quale anche chi scrive ha avuto il privilegio di entrare in contatto, si veda Ch. Baldus, *Tendenze della ricerca romanistica in Germania*, in L. Vacca (cur.), *Nel mondo del diritto romano. Convegno ARISTEC, Roma 10-11 ottobre 2014*, Napoli 2017, 204, al cui avviso con Behrends si passerebbe dall'approccio filologico, proprio di Wieacker, a uno prevalentemente filosofico.

²⁵ Cfr. F. Wieacker, *Der römische Jurist* cit. 159s. (v. *infra* § 3).

quella romana, che oggi resta un modello immortale, irraggiungibile, inimitabile. Anche la Pandettistica era troppo classicista per poter raggiungere quel livello e così la scienza giuridica avrebbe perso il rapporto con lo spirito del giurista romano, che sopravviverebbe, seppur in maniera tenue e non sempre, piuttosto presso i giudici.

Si tratta di parole che sono state intese in modo diverso e hanno fatto discutere. Giuseppe Grosso, per esempio, ebbe a sostenere che con esse Wieacker avrebbe “colto l’insegnamento nell’incarnazione più piena dell’arte creativa del diritto”²⁶. L’idea per la quale il giurista romano ci insegnerebbe di più di quanto possa fare il diritto romano “ripensato coi nostri schemi” forse potrebbe costituire un paradosso, di certo – afferma Grosso – sarebbe “l’antitesi della nota posizione di Betti”²⁷. La reazione del giurista camerte, com’era prevedibile, non si fece attendere. Appena due anni dopo, in seguito a uno scambio epistolare con Wieacker, vertente proprio sulla questione in parola²⁸, in uno scritto dedicato alla giurisdizione del pretore, comparso sulla stessa rivista, Emilio Betti intese dimostrare che l’antitesi di metodo, supposta da Grosso, in realtà non sussistesse²⁹. Infatti, Wieacker si sarebbe occupato di problemi nomogenetici indirizzati allo scopo di trovare gli “Einfälle” cui aspira il pensiero giuridico classico, mentre egli avrebbe invece affrontato pensieri gnoseologici di qualificazione giuridica, facendo ricorso alla dogmatica per ricostruire “il sistema interiore dei principi e istituti classici”³⁰. Non vi sarebbe dunque contrasto tra l’indirizzo storico-dogmatico di Betti e l’approccio autenticamente storico applicato da Wieacker nella ricostruzione del pensiero dei giuristi. Com’è noto, nel pensiero di Betti la dogmatica costituisce uno strumento imprescindibile per l’interpretazione storica³¹. La questione, davvero infinita, del rapporto tra dogma e storia nel dibattito metodologico del Novecento chiaramente non può essere approfondita in questa sede, ove interessa solamente focalizzare la posizione di Franz Wieacker per come essa emerge in relazione a questo problema specifico. Da questo punto di vista è significativa la fin troppo umile³² risposta dello studioso tedesco alla missiva inviatagli da Betti in ordine alle parole impiegate da Grosso nella sua recensione³³.

Non era la prima volta che i due grandi studiosi corrispondevano. Invero, Wieacker, appena un anno dopo l’uscita della raccolta che ci occupa, anche in contraddittorio con Gadamer³⁴ aveva approfondito la problematica ermeneutica storico-giuridica, suscitando l’attenzione del giurista camerte, con il quale era entrato in dialogo³⁵. Adesso Wieacker entra nel merito dell’arte di

²⁶ G. Grosso, *Scorci* cit. 230.

²⁷ G. Grosso, *Scorci* cit. 230.

²⁸ Lo si può leggere in E. Betti, “*Jurisdictio praetoris*” e potere normativo, in *Labeo*, XIV, 1968, 7ss. (da cui si cita), ora in Id., *Diritto, Metodo, Ermeneutica*, cur. G. Crifò, Milano 1991, 591ss., 8 s.

²⁹ E. Betti, “*Jurisdictio praetoris*” cit. 10.

³⁰ Così ancora E. Betti, “*Jurisdictio praetoris*” cit. 10.

³¹ Per una bibliografia sugli studi dedicati all’approccio ‘neodogmatico’ di Emilio Betti rinvio ancora a F. Bonin, *La romanistica* cit. 104ss., ove bibliografia, cui *adde* ora i contributi raccolti in A. Banfi, E. Stolfi, M. Brutti (curr.), *Dall’esegesi giuridica alla teoria dell’interpretazione: Emilio Betti (1890-1968)*, Roma 2020.

³² Mi riferisco alle parole di chiusura, cfr. E. Betti, “*Jurisdictio praetoris*” cit. 10: “... Ohne Affektation: ich fürchte einfach, ich bin ein schlechterer Jurist als Sie, von der Philosophie ganz zu schweigen”, parole che suscitarono in Betti un sincero sentimento di imbarazzo.

³³ Cfr. E. Betti, “*Jurisdictio praetoris*” cit. 10: “Die Grösse der römischen Juristen und auch ihrer Texte ergreift mich in der Form, dass ich die Entscheidungen und das zarte Netz von geistigen Zusammenhängen, das sie zusammenhält, spontan und aktuell zu erfahren glaube, als das Vergangene das zugleich Aktualität hat. Vielleicht habe ich dabei gewisse Vorurteile gegen Verallgemeinerungen und äussere Systeme, eine zu puristische Abneigung gegen die Vermutung theoretischer Kontingenz im Denken der Juristen. Ich bemühe mich, die Vorurteile durch grössere Erfahrung zu überwinden ...”. Purtroppo, non disponiamo dell’intero testo di questa lettera del 21 gennaio 1967, in quanto, come è noto, l’epistolario di Betti presenta da tempo e tuttora difficoltà di accesso, cfr. F. Bonin, *La romanistica* cit. 113 nt. 79.

³⁴ Su cui si veda M. Avenarius, *Universelle Hermeneutik und Praxis des Rechtshistorikers und Juristen Die Entwicklung ihres Verhältnisses im Lichte der Diskussion zwischen Gadamer und Wieacker*, in S. Meder, G. Carlizzi, Ch.-E. Mecke, Ch. Sorge (curr.), *Juristische Hermeneutik zwischen Vergangenheit und Zukunft*, Baden-Baden 2013, 59ss.

³⁵ Il riferimento è a E. Betti, *L’ermeneutica storica nella prospettiva di Franz Wieacker*, in A. Guarino, L. Labruna (curr.), *Syntelesia Arangio-Ruiz*, I, Napoli 1964, 66ss., con il quale sul punto ebbe luogo anche uno prezioso scambio epistolare

sperimentare la capacità decisionale dei romani³⁶. In particolare, con riferimento alle decisioni dei giuristi e, soprattutto, a ciò che le tiene insieme, egli parla di “geistigen Zusammenhänge”, di connessioni intellettuali. Sarebbero proprio tali connessioni a consentire la “spezifisch rechtswissenschaftliche Erkenntnis”, la conoscenza giuridica specifica³⁷, tanto che sarebbe possibile parlare di un “sistema giuridico positivo” sulla base del concetto e della teoria del sistema che produce decisioni, e, dunque, di descrivere la giurisprudenza romana a partire dal II secolo a.C. come ‘sottosistema’ professionale e tecnicamente autonomo³⁸. Lo studioso tedesco esprime la sua naturale attrazione per il pensiero giuridico (molto più che per il diritto) romano, pensiero che egli cerca di cogliere in modo spontaneo e attuale. Come egli stesso ammette, ciò forse dipende da un suo pregiudizio, che, peraltro, cerca di combattere con l’esperienza, nei confronti delle generalizzazioni e i sistemi esterni e da una tendenza ‘purista’ contro la presunzione della coerenza teorica³⁹ nel pensiero dei giuristi. In altri termini, se nel metodo di Wieacker dogmatica e attualizzazione non compaiono, se non in minima parte, è perché, da un lato, il passato ha intrinsecamente e in una certa misura una sua attualità, conservata proprio nel pensiero giuridico romano, dall’altro, perché l’impiego di determinate categorie rischierebbe in qualche modo di distorcerlo, con la conseguenza che appunto si studierebbe il diritto romano recepito dalla modernità e non quello autentico, colto nella sua “Wirklichkeit”⁴⁰. Ciò non significa che non vi sia spazio per la dogmatica, bensì che a questa si possa e debba fare ricorso per evitare di muoversi secondo un pregiudizio, che però solo una indagine empirica (e storica) potrebbe e dovrebbe smascherare e sconfiggere.

2.- Alquanto singolare e non troppo noto è il fatto che per Wieacker nella produzione giurisprudenziale romana siano individuabili non uno, ma due diritti ‘classici’. Tale bipartizione compare per la prima volta in “Über das Klassische in der römischen Jurisprudenz”, una “Antrittsvorlesung” edita per la prima volta nel 1950⁴¹ che, innanzitutto, ruota attorno all’opportunità dell’attribuzione dell’aggettivo ‘classico’ alla giurisprudenza romana di età imperiale. In una versione

(73).

³⁶ Cfr. in questo senso O. Behrends, *Franz Wieacker* cit. Ls.

³⁷ Cosa Wieacker intendesse con questa espressione lo si capisce meglio, come rileva O. Behrends, *Franz Wieacker* cit. XLIX, nel saggio sul ‘classico’ (cfr. *infra* § 2), allorché con riferimento alla giurisprudenza dei primi due terzi del II secolo d.C. egli ritiene che essa abbia realizzato la giustizia come correttezza dell’operare pubblico, in cui si sovrappongono fine in se stesso e perfetta convenienza. Cfr. F. Wieacker, *Über das Klassische in der römische Jurisprudenz*, in Id., *Vom römischen Recht* cit. 172.

³⁸ Si tratta di una idea che tornerà e sarà meglio specificata in F. Wieacker, *Offene Wertungen bei den römischen Juristen*, in ZSS 94.1 (1977) 1ss. (da cui si cita), ora in Id., *Ausgewählte Schriften. I: Methodik der Rechtsgeschichte*, cur. D. Simon, Frankfurt am Main 1983, 84ss., 1ss., ove si parla di valutazioni ‘aperte’ dei giuristi romani come concessioni a nuove convinzioni convenzionali nel pubblico non professionale e quindi violazioni del riserbo professionale che è limitato al ‘contesto giuridico della conoscenza’. Cfr. sul punto ancora O. Behrends, *Franz Wieacker* cit. LI nt. 82, il quale ritiene che in virtù di questa distinzione di vasta portata, gli eventi rilevanti all’interno della cultura giuridica romana sono classificati come eventi primari non giuridici.

³⁹ Cfr. in questo senso O. Behrends, *Franz Wieacker* cit. LI.

⁴⁰ È, infatti, in questa chiave interpretativa che sembra di poter leggere il dialogo Wieacker-Betti sull’ermeneutica risalente all’inizio degli anni Sessanta. In due contributi, frutto di una discussione svoltasi tra Atene e Göttingen a cavaliere tra il 1961 e il 1962, Wieacker, a ben vedere, si era discostato dal pensiero metodologico di Emilio Betti in ordine a due punti centrali, che quest’ultimo sembra, forse eccessivamente, relativizzare, se non addirittura negare (cfr. E. Betti, *L’ermeneutica* cit. 70 s.). Il primo concerne l’impiego delle categorie ermeneutiche. In particolare, Wieacker critica l’idea bettiana secondo la quale le sole ammissibili tra queste nella ricostruzione storica sarebbero quelle desunte da concetti e istituti della tradizione dogmatica romanistica, il che in buona sostanza rende la critica una ‘accusa’ di neo o post-pandettismo. Quanto al secondo punto, decisamente più significativo ai nostri fini, il metodo di Betti postulerebbe una “begriffslose Präexistenz” delle suddette categorie ermeneutiche. Ciò per Wieacker condurrebbe a una “anachronische Begriffsbildung” eccessiva nella ricostruzione storica del diritto romano, cfr. F. Wieacker, *Der gegenwärtige Stand der Disziplin der neueren Privatrechtsgeschichte*, in *Eranion Maridakis I*, Athen, 1963, 339ss. (da cui si cita), ora in Id., *Ausgewählte Schriften* cit. 62ss., 362s., e Id., *Notizen zur rechtshistorischen Hermeneutik*, in *Nachrichten der Akademie der Wissenschaften zu Göttingen*, Göttingen 1963, 1ss. (da cui si cita), ora in Id., *Ausgewählte Schriften* cit. 84ss., 13s.

⁴¹ Cfr. F. Wieacker, *Über das Klassische in der römische Jurisprudenz. Eine Antrittsvorlesung*, Tübingen 1950.

non troppo rielaborata, comparsa nel 1961⁴², Wieacker, allo scopo di cogliere appieno quale fosse il ruolo svolto dalla giurisprudenza nell'apporto complessivo dell'antichità romana, pur non intendendo farne una questione meramente terminologica, muove dal significato del termine 'classico'. A partire dalla sua prima comparsa in Gell., *N.A.* 19.8.15⁴³ esso assume in ambito letterario, come già era stato per gli Alessandrini, il significato di canone, per poi indicare nel Medioevo le *bonae litterae*, ossia gli scritti degli antichi, e nel Rinascimento anche le loro espressioni artistiche. Senonché, alla fine del Settecento, 'classico' inizia a significare 'regolare, perfetto', comprendendo così al suo interno le più disparate forme espressive, come lo Stato, la fisica, un anello, o anche, come accade ancora oggi, persino una meschinità. In questo ultimo significato è classico anche ciò che non ha prodotto una letteratura e si può parlare dunque di classico preletterario. Nel primo senso, però, classico è solo ciò che è letterario, per cui sarebbe classica solo quella giurisprudenza che sia anche letteraria. Di giuristi classici in quest'ultima accezione si inizia a parlare solo a partire dagli ultimi anni dell'Ottocento nel contesto di una particolare volontà di liberare, come già avevano fatto gli Umanisti, i testi dei giuristi, contenuti nel Digesto, dalle incrostazioni successive. È in questo momento che si comincia a parlare di 'postclassico' in relazione al periodo successivo al 250 d.C. e di 'classicismo' con riguardo all'età giustiniana. Soprattutto, sarebbe esistito un 'preclassico', ossia il pensiero giuridico anteriore all'anno 50 a.C. Quest'ultima impostazione per Wieacker, da un lato, è corretta, in quanto in precedenza non sarebbero rinvenibili nella giurisprudenza opere letterarie 'classiche', ma al contempo esclude totalmente la classicità della grande giurisprudenza della *res publica*, la quale di certo, invece, dopo la scoperta dell'astrazione da parte di Quinto Mucio Scevola, ma anche in precedenza, quanto a slancio costruttivo era certamente più classica di quella di età imperiale e comunque lo era senz'altro nel significato più recente del termine⁴⁴. Per Wieacker la grande giurisprudenza del "Freistaat" ha costruito l'intero patrimonio del *ius civile*, pur non avendo fornito tutte le soluzioni, e i fondamenti dell'editto del pretore erano compiutamente formati alla metà del I secolo a.C. Anche per questo già la giurisprudenza attiva tra le due guerre puniche e l'inizio della crisi può considerarsi classica secondo il significato più recente, che lo studioso sembra preferire, ossia quello di classico come stile. Seguendo un approccio introdotto dal maestro Pringsheim, Wieacker sviluppa la teoria del classico come unità di pensiero individuandone l'inizio nel II secolo a.C., indicandone tre caratteristiche, ossia la presenza dei concetti etici fondamentali del *ius civile* (*fraus, dolus, fides, libertas* e *potestas*) e della *bona fides* pretoria, la semplificazione dei formulari negoziali, la riduzione e l'assottigliamento delle forme giuridiche che erano state create dalla giurisprudenza pontificale. Si tratta per Wieacker chiaramente di un pensiero giuridico preletterario, che tale resterà fino ai *libri Iuris civilis* di Quinto Mucio, ma pur sempre classico⁴⁵ e sarà tramandato in maniera squisitamente aneddotica. A ciò corrisponde un mutamento nella classe di estrazione dei giuristi, i quali non provengono più dalla nobiltà, ma in gran parte dall'ordine equestre. Questo periodo di mezzo, in cui si registra una grande influenza della retorica e dell'ellenismo, termina con la transizione augustea, quando l'eloquenza politica e la scena forense scompaiono. Con la dinastia dei Flavi i giuristi recuperano il proprio ruolo pubblico⁴⁶ e inizia il periodo della giurisprudenza classica letteraria, la quale per Wieacker, però, non è classica nell'altro significato, in quanto non è definitiva, nel senso che essa non risolve tutte le questioni, bensì ne crea di nuove. Esse resteranno

⁴² F. Wieacker, *Über das Klassische in der römische Jurisprudenz*, in Id., *Vom römischen Recht*, cit. 161ss.

⁴³ *Ite ergo nunc et, quando forte erit otium, quaerite, an "quadrigam" et "harenas" dixerit e cohorte illa dumtaxat antiquiore vel oratorum aliquis vel poetarum, id est classicus adsiduusque aliquis scriptor, non proletarius*. Su cui si veda ora M. Citroni, *Gellio, 19,8,15 e la storia di classicus*, in *MD* 58 (2007) 181 ss.

⁴⁴ Cfr. in questo senso M. Bretone, *La 'coscienza ironica' della romanistica*, in *Labeo*, 43 (1997) 187ss., ora in Id., *Diritto e tempo nella tradizione europea*⁵, Roma-Bari 2004 (da cui si cita), 227.

⁴⁵ Sulla netta discontinuità introdotta a livello metodologico dal giurista cfr. A. Schiavone, *Astrarre, distinguere, regolare. Forme giuridiche e ordine teologico*, in J.-L. Ferrary, A. Schiavone, E. Stolfi (curr.), *Quintus Mucius* cit. 29 ss.

⁴⁶ Un processo che giungerà a compimento nell'età degli Antonini, quando i giuristi saranno parte integrante e stabile del *consilium principis*. Sul punto si veda A. Lovato, *Giustizia e giuristi al tempo di Traiano*, in *Minima Epigraphica et Papyrologica* 24 (2019) 209ss.

senza risposta per il crollo della scienza giuridica che si verificherà alla metà del III secolo⁴⁷, anche perché a questi giuristi fu completamente estranea la tendenza alla semplificazione. Titolari già in età tardoclassica importanti cariche pubbliche, fissano, almeno nella quantità, i generi letterari, gettano le basi per un diritto che potremmo definire amministrativo e che poi troverà espressione nel *de officio proconsulis* di Ulpiano⁴⁸, forse l'opera della giurisprudenza classica per eccellenza agli occhi dello studioso tedesco.

Le giurisprudenze classiche, dunque, sono due e raggiungono il proprio acme rispettivamente nel II secolo a.C. e nel II secolo d.C. La prima è una giurisprudenza aristocratica, la seconda imperiale. Nel mezzo c'è un periodo che Wieacker, sulle orme di Schulz⁴⁹, definisce ellenistico.

La teoria wieackeriana dei due diritti 'classici' spicca per la volontà di affrontare una questione che negli anni precedenti non era stata abbastanza discussa e di non farne una questione meramente terminologica, partendo però opportunamente dal significato del termine in questione, che risulta, per ovvie ragioni, imprescindibile. Così facendo, forse per la prima volta, lo studioso incrina la visione monolitica dell'esistenza di una sola giurisprudenza classica, quella imperiale, con ciò contribuendo al corretto apprezzamento di quella repubblicana, anch'essa classica, seppur in un diverso senso⁵⁰, peraltro più autentico⁵¹.

Com'è stato rilevato, questa teoria risulta discutibile quando definisce preletteraria la giurisprudenza medio e tardo repubblicana ed è abbastanza criptica quantomeno con riguardo alla "Stilvereinfachung"⁵² che avrebbe caratterizzato la giurisprudenza imperiale pre-severiana⁵³. Ciò non toglie che essa abbia avuto il grande merito di porre sotto i riflettori una questione che conserva una certa attualità, avendo ricevuto anche in tempi assai recenti significativi apporti, che talora hanno condotto a evidenziare con riferimento al diritto romano i pericoli dell'uso del termine 'classico' nell'indagine storico-giuridica⁵⁴. Se applicato alla giurisprudenza, invece, il rischio è, in effetti, quello di condurre a un appiattimento, seppur parziale, della sua dimensione storica⁵⁵. Del resto, l'opera

⁴⁷ Sul quale è fondamentale V. Marotta, *Eclissi del pensiero giuridico e letterature giurisprudenziale nella seconda metà del III secolo d.C.*, in *Studi Storici* 48.4 (2007) 927ss.

⁴⁸ Cfr. sul punto, per tutti, V. Marotta, *Ulpiano e l'Impero, II. Studi sui libri de officio proconsulis e la loro fortuna tardoantica*, Napoli 2004.

⁴⁹ F. Schulz, *History of Roman Legal Science*², Oxford 1953, 38 ss.

⁵⁰ Sulla duplicità del concetto di classico nella letteratura romana si veda M. Citroni, *The concept of the classical and the canons of model authors in Roman literature*, in J.I. Porter (cur.), *Classical Pasts. The Classical Tradition of Greece and Rome*, Princeton-Oxford 2006, 204ss.

⁵¹ Cfr. O. Behrends, *Franz Wieacker* cit. XLIX, al cui avviso nel saggio 'classico' sarebbe per Wieacker, soprattutto, la "höchste Entfaltung einer Lebensäußerung in einem geschlossenen geschichtlichen Ablauf", ossia, recuperando la traduzione di M. Bretone, *Il "classico"* cit. 227, "il punto più alto raggiunto da una manifestazione della vita in uno svolgimento storico chiuso", cfr. F. Wieacker, *Über das Klassische* cit. 164.

⁵² Cfr. F. Wieacker, *Über das Klassische* cit. 183.

⁵³ Cfr. in questo senso M. Bretone, *Il "classico"* cit. 227 s., il quale esprime altresì stupore per il rimprovero operato da Wieacker alla giurisprudenza cosiddetta classica in senso letterario per aver sollevato fino all'ultimo un'enorme mole di questioni, essendo la *quaestio* elemento fondamentale del diritto giurisprudenziale romano.

⁵⁴ Cfr. A. Schiavone, *Un'identità perduta: la parabola del diritto romano in Italia*, in Id., *Stato e cultura giuridica in Italia dall'unità alla repubblica*, Roma-Bari 1990, 285ss.; M. Bretone, *La ricerca del tempo classico*, in Id., *Diritto e tempo nella tradizione europea*, Roma-Bari 1994, 81 ss.; Id., *Il "classico" e la giurisprudenza*, in *Labeo* 45 (1999) 7ss.; M. Talamanca *Il diritto nelle epoche postclassiche*, in R. Feenstra, A.S. Hartkamp, P.J. Sijpesteijn, J.E. Sruif, L.C. Winkel (curr.), *Collatio iuris romani. Études dédiées à Hans Ankum à l'occasion de son 65e anniversaire*, Amsterdam 1995, 535, con riguardo al diritto come norma o ordinamento; F. De Marini, C. Lanza *Critica testuale e studio storico del diritto*³, Torino 2001, 40 e nt. 12, 169ss. Sulla necessità di abbandonare "ogni mitologia del classico" nelle periodizzazioni del diritto romano, cfr. E. Stolfi, *Prima lezione* cit. 31 ss., part. 33.

⁵⁵ Cfr. M. Brutti, *I romanisti italiani in Europa*, in M. Bussani (cur.), *Il diritto italiano in Europa (1861-2014). Scienza, giurisprudenza, legislazione. Annuario di diritto comparato e di studi legislativi*, V, Napoli 2014, 231ss.; M. Bettini *A che servono i Greci e i Romani?*, Torino 2017, 3ss.; E. Stolfi *Diritto romano e storia del pensiero giuridico*, in L. Vacca (cur.), *Nel mondo del diritto romano* cit. 110ss. e nt. 69; I. Ruggiero, *Ricerche sulle Pauli Sententiae*, Milano 2017, 423s. nt. 19.

classica letteraria non è esente dalla dialettica fra presente e passato⁵⁶. Ciò riguarda, soprattutto, la produzione della giurisprudenza che Wieacker definisce ‘classica’ in senso letterario⁵⁷. Nondimeno, teorizzando l’esistenza di due giurisprudenze classiche e definendo in maniera inedita quella medio e tardorepubblicana come (forse più autenticamente) classica, Wieacker ebbe il merito di minare alla radice l’unitarietà del concetto di ‘classico’, nonché di scongiurare la perniciosa eventualità di una eliminazione dell’individualità dei giuristi e, in ultima istanza, della loro storia.

3.- Ma in che modo il giurista romano può parlare al tempo presente? A questa domanda Wieacker risponde compiutamente nel saggio “*Europa und das römische Recht*” del 1961⁵⁸. Il titolo è oltremodo significativo, in quanto riproduce letteralmente quello della celebre opera di Paul Koschaker del 1947⁵⁹ ed esprime quasi immediatamente l’intenzione di discuterne i risultati, se non proprio, in un certo senso, di riscriverla, seppur in poche pagine. Tra ‘immersione e persistenza’ (come si legge nel sottotitolo), partendo dalla ormai famosa immagine dell’anatra di Goethe⁶⁰, Wieacker prende dapprima in esame i punti di partenza, ovvero il cosiddetto periodo del medioevo della prassi⁶¹, poi la rinascita bolognese, l’Umanesimo giuridico, la Scuola storica e, infine, il diritto romano nel presente.

Con riguardo all’inizio della ‘seconda vita’ del diritto romano⁶², Wieacker ritiene che il periodo successivo alle invasioni barbariche e a Giustiniano sia stato a lungo e a torto interpretato come un’età catastrofica. La forte discontinuità che veniva registrata con la nascita dell’Università a Bologna doveva essere ridimensionata sulla scorta di studi più recenti e comunque già abbastanza diffusi all’inizio degli anni Sessanta⁶³. Per effetto di questa impostazione la fase di formazione e di emancipazione della scienza giuridica europea è dunque da retrodatare non necessariamente alla dominazione carolingia, ma a epoche diverse a seconda delle diverse zone dell’ecumene altomedievale.

Proseguendo su tale via, dovremmo anche ritenere che la rinascita bolognese non avesse comportato l’inserimento di qualcosa di estraneo e di completamente nuovo nei territori diversi da quello italico. Non a caso, del Rinascimento intellettuale bolognese Wieacker evidenzia il suo legame con il mondo dell’istruzione altomedievale, la cui formazione discendeva dalla scuola ellenistica squisitamente letteraria tardoantica e si basava sul trivio. Penetrati nell’amministrazione e nelle cancellerie dopo la svolta costantiniana, persistenti oltre il crollo dell’impero e assistiti dal clero, i letterati ebbero il monopolio della formazione e in certi casi rivestirono anche la gran parte delle funzioni pubbliche. La discontinuità sarebbe semmai da ravvisare nel fatto che i protagonisti dello *studium iuris* bolognese, a differenza di quanto avvenne presso le prime Università d’Oltralpe, ancora legate ai benefici ecclesiastici, si formarono per soddisfare le esigenze del tutto laiche del comune di Bologna. In altri termini, la novità dello *studium iuris* risiede nella sua separazione, soprattutto a livello formativo, dal clero e nel suo spodestamento. Nella visione di Wieacker, quella realizzata dai Glossatori fu una vera e propria “ständische Profanisierung”⁶⁴. Fondamentale naturalmente fu anche la scoperta del *Corpus Iuris*, soprattutto del Digesto, e il suo ingresso nella formazione, sebbene talune fonti giuridiche fossero note anche alla classe letteraria prebolognese. A questi nuovi testi

⁵⁶ Cfr. M. Bretone, *Il “classico”* cit. 232, il quale, prendendo in esame, in conclusione, il ‘classico’ come concetto normativo o assiologico, aggiunge che l’opera classica, “perché possa rivivere, reclama un continuo confronto di piani temporali e un gioco contrappuntistico; non un riadattamento scolastico o una riproduzione pura e semplice”.

⁵⁷ Ed è difficilmente revocabile in dubbio anche l’affermazione secondo la quale la più diretta connessione con lo spirito dei giuristi oggi caratterizzi più la figura del giudice che quella dell’avvocato o dello scienziato.

⁵⁸ F. Wieacker, *Europa und das römische Recht*, in Id., *Vom römischen Recht* cit. 288ss.

⁵⁹ P. Koschaker, *Europa und das römische Recht*, Berlin-München 1947.

⁶⁰ Sul punto si veda A. Lovato, *Del buon uso del diritto romano*, Napoli 2012, 118ss.

⁶¹ Cfr. P. Grossi, *L’Europa del diritto*⁷, Roma-Bari 2016, 11ss.

⁶² Così A. Lovato, *Lo spirito di Göttingen*, in *Studi in onore di Vincenzo Starace*, III, Napoli 2008, 1985.

⁶³ Cfr., tra altri, soprattutto, E. Kantorowicz, *Studies in the Glossators of the Roman Law*, Cambridge 1938.

⁶⁴ F. Wieacker, *Europa* cit. 293.

furono applicate antiche figure grammaticali che condussero alla creazione di una dogmatica attraverso le Glosse. È questa applicazione della tradizione al nuovo a spiegare, secondo Wieacker, l'estraneità dei Glossatori a qualsiasi velleità di contestualizzazione storica dei passi e di sottoposizione degli stessi al tribunale della ragione. A questi viene piuttosto applicato lo strumentario delle arti liberali. L'autorità del testo non si discute. Le contraddizioni sono solo apparenti e vengono risolte facendo ricorso alla *distinctio*, la quale, lungi dal condurre alla creazione di un sistema, è in grado di raggiungere lo scopo preminente, ossia la risoluzione dei più svariati casi pratici che si presentavano nel comune di Bologna.

Quanto all'Umanesimo giuridico, Wieacker riscontra, invece, una netta discontinuità, dovuta al sorgere di una nuova *élite* che si pone al di fuori dello *studium civile* e rifiuta l'applicazione del metodo scolastico alle fonti del diritto romano in favore della filologia e della ricostruzione storica. Il primo Umanesimo, tuttavia, in Italia e in Germania riuscì solamente a mutare il clima, non a scalfire l'autorità letteraria bolognese, mentre in Francia il connubio tra filologia e scienza giuridica fu persistente. Furono, infatti, la giurisprudenza elegante e poi Domat e Pothier, anche sotto l'influsso del razionalismo, a spingersi oltre, giungendo a creare un sistema, basato sulle istituzioni, che avrebbe condotto al *Code civil*.

La Scuola storica si forma su questo terreno attraverso la mediazione decisiva degli olandesi, soprattutto di Donello, che rivive nel primo Savigny⁶⁵, al quale, però, è del tutto estranea la direttrice umanistica razionalizzante, ove, sebbene immerso, il diritto romano era presente⁶⁶. La Scuola storica rinnova il diritto romano, ma lo fa in un modo estremamente complesso. Essa ricollega a quest'ultimo, che viene attualizzato, una teoria giuridica fortemente influenzata dal diritto naturale, che viene positivizzato. Oltre che dal Romanticismo, per Wieacker la Scuola storica sorge da un classicismo nobile e un po' scialbo, instaura un nesso creativo tra storia e dogmatica, che si scioglierà solo partire dal 1880 con la critica interpolazionistica⁶⁷. Tale fenomeno confermerebbe quella che lo studioso tedesco definisce "Gesetz der Polarität"⁶⁸, legge secondo la quale alla penetrazione profonda nell'antichità segue sempre lo sviluppo di una indipendenza scientifica che conduce a uno sguardo libero sul diritto romano, ma al contempo lo proietta fuori dall'orbita della giurisprudenza europea.

Occorre, dunque, chiedersi quale sia il significato da attribuire al diritto romano nel presente. È in questo momento che Wieacker chiama in causa direttamente Koschaker, dapprima attribuendogli una cupa rassegnazione di fronte alla crisi 'nei tempi della tirannia', ossia durante il regime nazista, poi ponendo in discussione la diagnosi koschakeriana e anche la proposta metodologica atta a risolverla. A quali condizioni il diritto romano può essere ancora esperienza viva per il giurista moderno, quando manca l'interesse da parte degli studenti per il fatto che i moderni campi del diritto hanno esigenze di comunicazione che non lo contemplan? Per Wieacker il diritto romano è il vincolo che lega insieme l'intero Occidente, nonché lo strumento di comprensione del diritto vigente ed essendo un documento storico deve essere studiato con metodo storico, in modo che possiamo trarne quanto ci può insegnare a livello politico-giuridico, ossia la formulazione ottimale di problemi giuridici senza tempo. È proprio la distanza storica che ci divide dal diritto romano, il suo essere, per riprendere la metafora di Goethe, attualmente immerso, a offrirci la possibilità di una ricerca anche comparatistica sulla base dello stesso e dunque di dar vita a un nuovo Umanesimo. La distanza dalla posizione di Koschaker, che aveva attribuito all'indirizzo 'neoumanistico' la responsabilità di aver rotto il nesso tra diritto romano e coscienza culturale generale col suo interesse meramente antiquario, è evidente. Per Wieacker questo interesse antiquario è causa e non conseguenza dell'allontanamento dal diritto romano. Sarebbe dunque stato necessario, piuttosto, renderlo oggetto di una sana indagine storica (e non attualizzante, come invece proponeva Koschaker) perché potesse penetrare di nuovo nella

⁶⁵ Si tratta di un aspetto che è stato ben evidenziato da M. Bretone, *La 'coscienza ironica' della romanistica*, in *Labeo* 43 (1997) 187ss., ora in Id., *Diritto e tempo* cit. 235 (da cui si cita).

⁶⁶ Cfr. in questo senso A. Lovato, *Lo spirito* cit. 1983ss.

⁶⁷ Cfr. sul punto ancora A. Lovato, *Lo spirito* cit. 1983ss.

⁶⁸ F. Wieacker, *Europa* cit. 301.

coscienza generale.

Sono idee che avevano già trovato espressione nella prima edizione di “Privatrechtsgeschichte der Neuzeit”⁶⁹. L’intuizione relativa alla laicità di Bologna è di per sé quasi innovativa, se si pensa che ancora oggi spesso in proposito si continua a evidenziare unicamente il fatto che il diritto che offriva il *corpus* era perfetto perché cristiano e la sua autorità pari a quella delle sacre scritture. Ciò è certamente condivisibile, ma non esclude la piena validità del rilievo dello studioso tedesco, il quale, peraltro, rinviene significativamente nello stesso fenomeno la ragione per cui, di fatto, l’apparato glossatorio divenne più sacro del testo glossato medesimo. Un parziale profilo di continuità è originalmente colto anche nel passaggio dalla giurisprudenza elegante alla Scuola storica, a proposito della quale non si fa menzione alcuna del noto scontro tra Thibaut e Savigny, su cui, invece, la moderna manualistica quasi esclusivamente si profonde. Quanto alle divergenze con Koschaker, esse erano già state evidenziate in una recensione uscita due anni dopo la comparsa di *Europa und das römische Recht*⁷⁰, ma adesso Wieacker si spinge oltre, riscrivendo sinteticamente l’opera. La critica principale è espressa nella chiusa del saggio, ove sembra risuonare quella rivolta a Koschaker negli anni ’40 del secolo scorso all’indomani della pubblicazione della cosiddetta *Krisenschrift*⁷¹ da molti romanisti italiani⁷², i quali fondamentalmente ritenevano che la “Historisierung” non fosse assolutamente stata una causa della crisi, come asseriva Koschaker, bensì un effetto della stessa, in particolare delle esagerazioni della critica interpolazionistica⁷³.

4.- La lezione che possiamo trarre dal pensiero e dal metodo del grande studioso tedesco è, innanzitutto, la necessità che i testi della giurisprudenza romana siano esperienza viva in noi. Essi, infatti, parlano al nostro intimo di giuristi, un po’ come il mito greco si rivolge al nostro intimo di uomini. A ben vedere, la grandiosa produzione giurisprudenziale dei romani in sé non è attuale, ma è proprio dalla consapevolezza della distanza che ci separa da essa che sorge l’esigenza di condurre, a livello metodologico, uno studio autenticamente storicista sul diritto romano⁷⁴. Come significativamente afferma Wieacker, il diritto privato romano è fondamentale perché ci offre “eine optimale Fassung der zeitlosen Probleme”⁷⁵. Da questo punto di vista esso rappresenta una straordinaria opportunità di confronto diacronico tra noi stessi e una realtà ‘altra’, dalla quale possiamo trarre molto. I testi dei giuristi romani, nella loro dimensione ‘perenne’⁷⁶, sono e vanno alla radice di problemi giuridici senza tempo e lo fanno con una perizia e una precisione che la scienza giuridica non ha mai più raggiunto⁷⁷. Il grande studioso tedesco continua a insegnarci che il diritto

⁶⁹ F. Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung*, Göttingen 1952.

⁷⁰ Il riferimento è a F. Wieacker, *Rezension Paul Koschaker, Europa und das römische Recht*, in *Gnomon*, 21.5/6 (1949) 187ss. Cfr. sul punto diffusamente T. Beggio, *Paul Koschaker (1879-1951): Rediscovering the Roman Foundations of European Legal Tradition*, Heidelberg 2018, part. 235s., il quale evidenzia come per Wieacker la *Historisierung*, cui Koschaker imputava il decadimento degli studi romanistici che avrebbero potuto ricevere nuova forza solamente adottando un metodo attualizzante, fosse, in realtà, l’unico modo per conoscere e capire il diritto romano e le sue fonti.

⁷¹ P. Koschaker, *Die Krise des römischen Rechts und die romanistische Rechtswissenschaft*, in *Schriften der Akademie für Deutsches Recht, Gruppe römisches Recht und fremde Rechte*, n. 1, München-Berlin 1938.

⁷² Cfr., tra altri, G. Pugliese, *Diritto romano e scienza del diritto*, in *AUMA* 15 (1941) 5ss. (da cui si cita), ora in Id., *Scritti giuridici scelti*, III, Napoli 1985, 159ss., 5 ss.

⁷³ Cfr. sul punto F. Bonin, *La romanistica* cit. 100 ss., ove bibliografia.

⁷⁴ Studio che, peraltro, più in generale, è imposto dalla natura stessa del diritto, il quale, come è stato felicemente rilevato qualche anno fa da P. Caroni, *La solitudine dello storico del diritto. Appunti sull’inerenza di una disciplina altra*, Milano 2009, 123, “non ha una storia”, semplicemente “perché è storia”. Cfr. in questo senso anche E. Stolfi, *Salvaguardare la cultura del giurista*, in B. Pasciuta, L. Loschiavo (curr.), *La formazione del giurista. Contributi a una riflessione*, Roma 2018, 173.

⁷⁵ Cfr. F. Wieacker, *Europa* cit. 304.

⁷⁶ Cfr. A. Lovato, *Del buon uso* cit. 87 ss.

⁷⁷ Sulla storicità intrinseca dell’oggetto della *scientia iuris*, ma anche di ogni indagine scientifica, antica e moderna, si veda A. Lovato, *Storicità del diritto e ius controversum nella riflessione di Orestano e Raggi*, in A. Schiavone (cur.),

oggi potrà essere studiato con profitto solo se avremo sempre ben presente il suo nesso inscindibile con il passato⁷⁸.

Le preziose riflessioni operate da Franz Wieacker intorno al giurista romano, alla ‘classicità’ della sua produzione scientifica e al suo valore nella tradizione europea ci permettono di trarre non solo lezioni di metodo estremamente preziose per il nostro lavoro di romanisti, ma anche di rafforzare, in un’epoca in cui il diritto romano certo non gode del favore di governanti e studenti, anche la ferma convinzione che “dall’antico c’è sempre da imparare”⁷⁹.

Abstract.- Il contributo intende fornire un quadro del pensiero di Franz Wieacker con riguardo alle caratteristiche della giurisprudenza romana, alla sua ‘classicità’ e al suo valore nella tradizione giuridica europea. Autenticamente storicista, il metodo di studio del diritto romano dello studioso tedesco è completamente estraneo ad attualizzazioni e dogmatizzazioni. Particolarmente interessante è la teoria secondo la quale nel diritto giurisprudenziale romano sarebbero rinvenibili non uno, ma due diritti classici, uno preletterario e l’altro letterario. Quanto al valore dello studio del diritto romano nel presente, il metodo di Franz Wieacker si rivela estremamente prezioso in quanto rappresenta una straordinaria opportunità di confronto diacronico tra noi stessi e una realtà ‘altra’, dalla quale possiamo trarre molti insegnamenti.

The contribution aims to provide an overview of Franz Wieacker’s thought with regard to the characteristics of Roman jurisprudence, its ‘classicism’ and its value in the European legal tradition. Authentically historicist, the German scholar’s method of studying Roman law is completely foreign to actualization and dogmatization. Particularly interesting is the theory that not one but two classical roman laws, one pre-literary and the other literary, can be found in Roman jurisprudence. As for the value of the study of Roman law in the present, Franz Wieacker’s method proves to be extremely valuable in that it represents an extraordinary opportunity for diachronic confrontation between ourselves and an ‘other’ reality, from which we can learn many lessons.

Giuristi romani e storiografia moderna. Dalla Palingenesia iuris civilis agli Scriptores iuris Romani, Torino 2017, 76s.

⁷⁸ Si veda in questo senso A. Lovato, *Lo spirito* cit. 1990.

⁷⁹ A. Lovato, *Introduzione*, in Id. (cur.), *Tempo della storia, tempo della vita*, Napoli 2014, 21.